# Indépendance fictive et prestation de services transfrontalière

**Des mesures ont été introduites le 1er juin 2004 pour accompagner l'entrée en vigueur progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne ainsi que ses États membres[1]. Leur but est d'éviter la sous-enchère qu'aurait provoqué l'ouverture du marché du travail suisse en matière de salaires et de conditions de travail. La loi sur les travailleurs détachés (Ldét)[2] constitue un volet important des mesures d'accompagnement. Elle garantit que les travailleurs détachés en Suisse pour y effectuer une prestation de services auront droit aux conditions minimales en matière de salaires et de travail prescrites.**

1 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; ALCP; RS 0.142.112.681.

2 Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement; RS 823.20.

3 Tous les rapports sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement peuvent être téléchargés sous *www.seco.admin.ch*, rubriques «Documentation», «Publications et formulaires», «Etudes et rapports», «Travail»

Des organes d'exécution ont en outre été institués, dans le cadre des mesures d'accompagnement, pour contrôler le respect des conditions minimales de salaires et de travail ainsi que pour surveiller le marché du travail. Les organes de contrôle comprennent d'abord des commissions tripartites mises en place au niveau fédéral et dans les cantons; elles se composent des représentants des autorités ainsi que des associations d'employeurs et de travailleurs. Ces commissions observent le marché du travail, en particulier les branches dans lesquelles il n'existe pas de CCT étendues. Elles sont habilitées à proposer aux autorités compétentes des mesures en cas de sous-enchères abusives et répétées en matière de salaires et de conditions de travail usuelles en Suisse, telle que l'extension facilitée d'une CCT ou l'édiction de salaires minimaux dans des contrats-types. Des commissions paritaires contrôlent, de leur côté, le respect des conditions salariales et de travail minimales dans les branches couvertes par une CCT étendue. Ces commissions sont des organes communs aux partenaires sociaux, composées de représentants des associations d'employeurs et de travailleurs. L'observation du marché du travail effectuée dans le cadre des mesures d'accompagnement comprend le contrôle des travailleurs détachés et des employeurs suisses dans toutes les branches.

Le Secrétariat d'État à l'Economie (Seco) publie tous les ans un rapport sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement[3], qui fournit des informations sur le volume des activités de contrôle des organes d'exécution, les infractions découvertes et les sous-enchères en matière de salaires et de conditions de travail ainsi que les sanctions prononcées (voir *encadré 1*).

**Valerie Berger**
Surveillance du marché du travail,Secrétariat d'État à l'économie SECO, Berne

**Claudio Wegmüller**
Surveillance du marché du travail, Secrétariat d'État à l'économie SECO, Berne

## Prestation de services transfrontalière par des indépendants

Outre les entreprises qui détachent des travailleurs en Suisse dans le cadre de prestations de services transfrontalières, il existe aussi des prestataires de services indépendants provenant de l'étranger qui exercent leur activité en Suisse. Les dispositions sur des conditions minimales de salaires et de travail ne s'appliquent pas aux indépendants, puisqu'ils ne sont pas salariés. Dans le cadre des mesures d'accompagnement, les organes de contrôle examinent donc en premier lieu les relations de travail dont font part les personnes détachées en Suisse et celles engagées auprès d'employeurs exerçant dans ce même pays. Cependant, la Ldét prévoit que les prestataires de services indépendants en provenance de l'étranger doivent être en mesure de prouver leur indépendance sur demande des organes de contrôle qui vérifient que celle-ci n'est pas fictive.

## Phénomène de l'indépendance fictive

Est considéré comme indépendant fictif la personne qui s'engage à fournir une prestation de travail personnelle sur la base d'un rapport contractuel de droit civil – mais ne constituant pas un contrat de travail au sens de l'art. 319ss. du CO – et qui dépend économiquement de son partenaire contractuel. Cela signifie que les indépendants fictifs échappent aux normes de protection du droit du travail et des assurances sociales. En outre, l'indépendance fictive fausse la concurrence, car les employeurs ordinaires doivent faire face à des charges plus élevées. Il y a plusieurs raisons à l'indépendance fictive et cette dernière n'est pas nécessairement destinée à dissimuler un rapport de travail. Il se peut que les deux parties en cause ne soient pas conscientes qu'elles ont un rapport similaire à un contrat de travail; l'ignorance de cette situation juridique peut dès lors conduire certaines personnes à se désigner comme «indépendante». L'indépendance est fictive si un prestataire de services transfrontalier fournit une prestation en tant qu'indépendant bien qu'il soit en réalité un travailleur détaché. Suite aux mesures d'accompagnement, il s'agit de découvrir les indépendances

fictives et de faire appliquer les dispositions contraignantes du droit du travail suisse. Dans la pratique, cela veut dire que l'organe de contrôle vérifiera que les conditions salariales et de travail minimales énumérées dans la Ldét sont garanties à l'indépendant fictif.

## Nombre de prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce

Depuis 2005, le nombre de prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce n'a cessé de croître[4]. Il a même doublé depuis 2005 (voir *tableau 1*). En 2010, il y avait au total 10 885 prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce en Suisse (sans le domaine des services à la personne), soit une augmentation nette de 22%. La plupart des prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce travaillent dans le second œuvre (52%, soit 5641 en 2010).

## Vérification du statut d'indépendant d'un prestataire de services étranger

Pour les organes de contrôle, vérifier si un prestataire de services étranger est un travailleur dépendant ou non est une opération laborieuse et demande des recherches intensives. Ils doivent prendre en compte de nombreux critères, les peser pour chaque cas et se rendre souvent sur place pour se faire une idée concrète de la situation. Il est fréquent que les organes de contrôle soient obligés de compléter leurs observations en demandant par écrit des documents supplémentaires auprès de la personne contrôlée pour apprécier le statut d'une personne soumise à l'obligation d'annonce.

À cet effet, le Seco a élaboré, en collaboration avec les cantons et les commissions paritaires, la directive *Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers,* qui est applicable depuis le

Encadré 1

### Mise en œuvre des mesures d'accompagnement durant la période de rapport 2010

Le 6e rapport sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement a été publié le 3 mai 2011. Il présente l'ensemble des activités de contrôle des organes d'exécution, les infractions et les sous-enchères salariales suspectées ainsi que les sanctions prononcées au cours de l'année 2010. Il se base sur les rapports annuels des organes d'exécution des mesures d'accompagnement. Les organes d'exécution se sont concentrés sur les résidents de courte durée soumis à l'obligation d'annonce pour lesquels les conditions salariales et de travail en vigueur doivent être respectées. Les employeurs suisses sont contrôlés par les commissions tripartites dans le cadre de la surveillance du marché du travail ou par les commissions paritaires lors de l'exécution ordinaire des conventions collectives de travail (CCT) étendues.

**Évolution du nombre de résidents de courte durée soumis à l'obligation d'annonce**

Au cours de l'année 2010, 147 116 résidents de courte durée (détachés, indépendants, travailleurs engagés auprès d'employeurs suisses) ont travaillé jusqu'à 90 jours en Suisse. Il s'agit d'une main-d'œuvre étrangère en provenance des États membres de l'Union européenne. En application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, ces prestataires peuvent offrir leurs services en Suisse pour un équivalent de 90 jours de travail par année civile. Les résidents de courte durée ont effectué un volume de travail équivalant à celui de 18 400 travailleurs à l'année, ce qui correspond à 0,52% de l'emploi formulé en équivalent plein temps. Selon la branche ou le canton, le volume de travail des résidents de courte durée soumis à l'obligation d'annonce peut être plus ou moins élevé. Le volume de travail atteignait 2,6% dans le second œuvre et plus de 1% dans le canton du Tessin (voir *graphique 1*). La moitié des résidents de courte durée soumis à l'obligation d'annonce avaient été engagés pour un travail de courte durée chez des employeurs suisses. En 2010, leur nombre était plus élevé qu'en 2009 – année durant laquelle un recul a été constaté en raison de la mauvaise situation économique – et plus élevé également qu'en 2008 (voir *tableau 1*).

**Activité de contrôle**

En 2010, les commissions tripartites ont contrôlé 5380 entreprises détachant des travailleurs et 3486 indépendants soumis à l'obligation d'annonce (au total 16 950 personnes) ainsi que 7760 employeurs suisses (représentant 34 764 travailleurs) dans les branches sans CCT. Les commissions paritaires ont étendu leur activité de contrôle en 2010 par rapport à 2009. Les contrôles auprès des employeurs suisses ont été intensifiés dans le cadre de l'exécution habituelle des CCT. Il y en eu 10 595 auprès des entreprises et 62 445 auprès des personnes; 8558 se sont adressés aux entreprises détachant des travailleurs et 23 430 aux prestataires de services indépendants. Les commissions paritaires ont exécuté la majorité de leurs contrôles dans le second œuvre, où travaille un nombre élevé de personnes soumises à l'obligation d'annonce et où on trouve de nombreuse activités relèvant du domaine d'application de diverses CCT.

**Infractions suspectées**

Les sous-enchères salariales constatées[a] en 2010 ont augmenté par rapport à celles reportées en 2009. Alors que les cantons indiquaient des taux relativement constants ces dernières années, l'année 2010 se traduit par une recrudescence des sous-enchères salariales dans des entreprises étrangères détachant des travailleurs (12% des entreprises contrôlées) et des employeurs suisses (6% des entreprises contrôlées). Les commissions paritaires ont également constaté une augmentation des sous-enchères salariales (38% des entreprises détachant des travailleurs en Suisse et 41% des employeurs suisses contrôlés). L'augmentation des cas de sous-enchères salariales auprès des entreprises détachant des travailleurs s'explique en partie par le recensement séparé des contrôles effectués auprès des travailleurs indépendants (uniquement dans les cantons) depuis le rapport de 2010. Elle n'en reste pas moins remarquablement élevée et c'est d'autant surprenant que la Ldét a été mise en vigueur il y a plus de six ans. Les entreprises ayant détaché des travailleurs devraient actuellement connaître les conditions salariales et de travail en vigueur en Suisse[b]. Il convient de noter qu'en 2010, les commissions tripartites ont engagé davantage de procédures de conciliation lorsque des sous-enchères étaient relevées. Elles ont été menées avec succès dans la majorité des cas (presque 90%) et ont permis le versement de la différence salariale.

**Conclusion**

Le nombre de sous-enchères suspectées en 2010 et leur augmentation par rapport à 2009 démontrent que ces contrôles sont nécessaires. Les organes d'exécution ont augmenté leur activité de contrôle depuis l'introduction de la libre circulation des personnes. La mise en œuvre des mesures d'accompagnement est donc garantie et des contrôles sont effectués régulièrement dans toutes les branches et dans toutes les régions de Suisse. En outre, le système des sanctions est appliqué, ce qui s'avére incontournable au regard des infractions et sous-enchères suspectées.

a Seules les sous-enchères sont traitées dans la suite du texte. Les autres types d'infractions sont cités dans le rapport du 3 mai.

b En 2009 le Seco a établi un site internet donnant des informations sur les conditions salariales et de travail en Suisse (*www.detachement.admin.ch*). En outre, les organes d'exécution tout comme les chambres de commerce et artisanales étrangères s'efforcent depuis longtemps d'informer et de conseiller les entreprises détachant des travailleurs en Suisse.

Tableau 1

**Évolution du nombre de résidents de courte durée soumis à l'obligation d'annonce**

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | Variation 2009–2010 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Travailleurs engagés auprès d'employeurs suisses | 52 061 | 60 293 | 66 179 | 74 356 | 58 366 | 73 253 | +26% |
| Travailleurs détachés | 35 298 | 40 394 | 46 821 | 51 653 | 49 152 | 59 125 | +20% |
| Indépendants | 5 471 | 7 254 | 9 799 | 11 910 | 12 763 | 14 738 | +15% |
| Indépendants, sans les services à la personne | 5 316 | 6 742 | 8 199 | 9 220 | 8937 | 10 885 | +22% |
| **Total soumis à l'obligation d'annonce** | **92 830** | **107 941** | **122 799** | **137 919** | **120 281** | **147 116** | **+22%** |

Source: ODM; Berger, Wegmüller / La Vie économique

1er janvier 2011[5]. Cette dernière fournit des informations aux organes de contrôle sur la façon de procéder ainsi que sur les critères à appliquer et les documents à vérifier pour évaluer le statut d'un prestataire de services indépendant étranger. Elle contient également différents outils sous forme de questionnaires, par exemple, que les organes de contrôle peuvent faire remplir par le prestataire de services.

## Activité de contrôle

En 2010, les commissions paritaires ont contrôlé au total 3524 prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce, qui travaillent dans des branches soumises à une CCT étendue. Une indépendance fictive a été présumée[6] pour quelque 23% des personnes contrôlées. La plupart des contrôles (84%) ont été effectués dans le second œuvre. C'est là que l'on trouve le plus d'indépendants soumis à l'obligation d'annonce et de nombreuses branches du second œuvre sont couvertes par une CCT étendue. Beaucoup d'indépendants soumis à l'obligation d'annonce sont actifs dans la menuiserie. Les missions de ces artisans sont souvent de très courte durée (montage de produits préfabriqués). En 2010, la commission paritaire de la menuiserie-charpenterie a effectué 1307 contrôles auprès d'indépendants et une indépendance fictive a été présumée dans 281 cas (21%).

Pour la première fois, les cantons ont été priés, dans le cadre du rapport 2010, de transmettre certaines informations relatives à leur activité auprès des travailleurs indépendants soumis à l'obligation d'annonce. Sur la base des expériences passées et comme l'élaboration de la directive sur la vérification du statut d'indépendants était en cours au Seco, des contrôles détaillés ont été ajournés en 2010 dans certains cantons et réactivés en 2011. Cette manœuvre avait pour but d'instaurer une procédure de contrôle uniforme pour tous les organes appliquant la directive. Les cantons ont annoncé qu'en 2010, un total de 3486 contrôles avait été effectué auprès des indépendants soumis à l'obligation d'annonce dont 1233 au Tessin. Dans 15% des cas (représentant 520 personnes), une indépendance fictive était présupposée.

## Sanctions pour indépendance fictive établie

La Ldét ne contient aucune possibilité directe de sanction envers les indépendants fictifs. Il est, toutefois, possible de pénaliser un prestataire de services indépendant manquant à son obligation de renseigner ou s'opposant à un contrôle en refusant de donner des informations. L'employeur ayant engagé une personne indépendante fictive de l'étranger peut, en outre, être sanctionné pour non-respect des conditions salariales et de travail minimales.

L'indépendance fictive étant de plus en plus reconnue comme un réel problème, les représentants des commissions paritaires tout comme les associations d'employeurs et de travailleurs exigent l'introduction de nouvelles mesures visant directement les personnes indépendantes fictives. Celles-ci s'ajouteraient aux possibilités existantes de sanctions. Ils proposent ainsi d'obliger les prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce à présenter des documents prouvant leur indépendance dès leur prise de fonction en Suisse. Cette obligation permettrait aux organes de contrôle de renvoyer les personnes concernées dans le cas où ces dernières ne pourraient pas prouver leur indépendance.

Le Seco a donc constitué un groupe de travail composé de représentants des partenaires sociaux et des cantons. Sa mission est d'analyser d'une part l'étendue de la problématique de l'indépendance fictive et, d'autre part, de rechercher les mesures nécessaires à la combattre efficacement et à quelles conditions. Les résultats de travaux sont attendus pour fin juin 2011.

## Conclusion

Le nombre des indépendants soumis à l'obligation d'annonce a sensiblement augmenté depuis l'introduction de la libre circulation des personnes, même si un léger recul a été enregistré en 2009[7]. Étant donné la durée relativement courte de leurs engagements, le volume national d'activité des indépendants soumis à l'obligation d'annonce est plutôt modeste (estimation 0,06%). La plupart des indépendants (4795) sont actifs

4 Si l'on ne tient pas compte des indépendants soumis à l'obligation d'annonce dans le domaine des services à la personne, l'on constate une diminution du nombre d'indépendants soumis à l'obligation d'annonce en 2009. Il n'est pas tenu compte de ces personnes dans le cas présent, car il s'agit en majorité de prestations dans l'industrie du sexe. Quelques cantons utilisent la procédure d'annonce pour saisir ces personnes. Selon les observateurs du marché du travail, la problématique de l'indépendance fictive ne se pose pas dans cette branche et ces personnes ne sont pas contrôlées par les autorités du marché du travail.

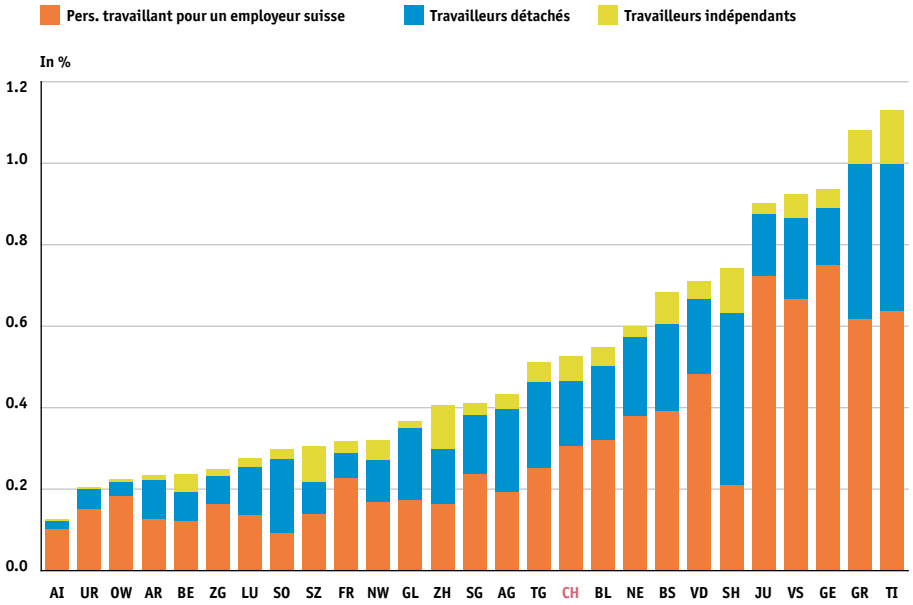
5 La directive peut être téléchargée sous *www.seco.admin.ch*, rubriques «Thèmes», «Travail», «Libre circulation des personnes CH – UE et mesures d'accompagnement», «Détachement de travailleurs en Suisse».

6 Les organes parlent d'infractions suspectées étant donné que le contrôle du statut de la personne exige des investigations plus pointues dans la plupart des cas suite au premier contrôle.

7 Sans tenir compte des annonces dans le domaine des services à la personne.

Graphique 1

**Volume de travail effectué par des fournisseurs soumis à l'obligation d'annonce par rapport à l'emploi total, par canton, 2010**




Source: ODM, OFS, Berger, Wegmüller / La Vie économique

dans le second œuvre, qui représente la plus grande part du travail effectué, soit 0,46%. En 2010, on comptait en Suisse quelque 11 000 prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce. Le nombre de cas présupposés d'indépendance fictive n'a pas augmenté de façon évidente par rapport à 2009 et s'élève à 23% selon les données des commissions paritaires (15% selon celles des cantons). Par conséquent, on présuppose que 2500 personnes annoncées en 2010 étaient des indépendants fictifs. Il n'est pas encore possible de connaître le nombre exact de cas de suspicion d'indépendance fictive avérés ou qui s'avéreront dans le futur. Dans certaines régions (p. ex. dans les régions frontalières) et dans certaines branches (p. ex. dans le second œuvre), le phénomène est un peu plus répandu, même si le volume national d'activité reste ici aussi relativement faible. Il est perceptible de façon plus importante dans certaines branches du second-œuvre comme dans la menuiserie ou dans l'industrie de la plâtrerie et la peinture. On peut, toutefois, supposer qu'à côté des indépendants annoncés demeurent quelques indépendants non annoncés.

Il convient de mentionner que certains organes d'exécution n'étaient pas encore sensibilisés à la problématique de l'indépendance fictive. En outre, il existait différentes interprétations de la définition d'une activité indépendante et les organes de contrôle ne disposaient pas toujours des instruments nécessaires pour constater une indépendances fictive. La directive sur la marche à suivre pour la vérification des statuts des prestataires de services indépendants a clarifié la situation. Les organes de contrôle ont maintenant une procédure uniforme en mains. Les cas démontrés d'indépendance fictive supposés en 2010 doivent donc être interprétés avec précaution et l'indépendance fictive doit rester sous surveillance.